

DIREITO FUNDAMENTAL À DEFENSORIA PÚBLICA

Kátia da Silva Soares Barroso*

Lucienne Borin Lima**

BARROSO, K. S. S.; LIMA, L. B. Direito fundamental à defensoria pública. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama. v. 10, n. 2, p. 381-418, jul./dez. 2007.

RESUMO: O estudo retrata evolução da assistência judiciária até o surgimento da Defensoria Pública. Apresenta o conceito e distinções entre justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica, bem como aborda a natureza constitucional da assistência jurídica e sua presença nas diversas constituições brasileiras. Busca demonstrar que a existência e o vigor da Defensoria Pública são exigências para o rompimento de importantes barreiras no acesso à justiça e para a realização da isonomia democrática, evidenciando a importância da Defensoria Pública como instrumento de inclusão social e sua contribuição para a efetivação dos objetivos traçados no art. 3.º da Constituição Federal, garantindo o acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita a todos os cidadãos hipossuficientes. Trata do dever do Estado de garantir a criação de Defensorias Públicas em todo o país, estruturadas e capazes de assegurar o cumprimento de suas funções, pois o cidadão tem o direito fundamental à Defensoria Pública, órgão constitucional de assistência jurídica. Portanto, o grande desafio é avançar para que as instituições proporcionem, a qualquer cidadão, as condições necessárias à busca da efetividade de seus direitos estabelecidos por lei, inclusive direito ao provimento adequado das Defensorias Públicas. É buscar os caminhos que garantam a inclusão social e a justiça aos que querem ter, ser e poder. Defensoria Pública digna, aquela que o cidadão merece, é a que o aproxima da justiça social, que proporciona a inclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública; Acesso à Justiça; Assistência Jurídica; Inclusão social; Direitos Fundamentais.

* Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco – Campo Grande/MS; Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR – Umuarama/PR. ksbarroso@terra.com.br

** Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul - Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Católica Dom Bosco - Campo Grande, MS, Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 134 (BRASIL, 2007) consagra a Defensoria Pública como instrumento de inclusão social, em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, principalmente os dispostos nos incisos I, III e IV do art. 3º (BRASIL, 2007).

Entretanto, a realidade mostra que a luta por modificações legislativas é apenas o primeiro passo para a efetivação de direitos. O grande desafio, atualmente, é solidificar as instituições democráticas capazes de propiciar a concretização do que foi anunciado pela Constituição de 1988, merecendo destaque neste contexto a Defensoria Pública.

De acordo com o estudo realizado pelo Observatório Latino-Americano de Política Criminal – OLAPOC (2004, p. 8), o Brasil ocupa posição de relevo no quadro normativo-institucional da Defensoria Pública na América Latina, por conferir caráter constitucional à Instituição incumbida de dar voz aos despossuídos no sistema de Justiça.

Passados mais de dezenove anos da promulgação da Constituição de 1988, porém, tem-se a impressão de que a Defensoria Pública no Brasil ainda não possui plenas condições de cumprir a missão que lhe foi confiada, uma vez que sua devida estruturação nas diversas unidades da Federação ainda não se concretizou.

Talvez por ser a Defensoria a mais nova de nossas instituições jurídicas (em média, 17 anos), mas, com certeza, também pelo seu imanente poder transformador da estrutura social, a população em geral e a própria comunidade jurídica ainda desconhecem a Instituição ou não lhe prestam o devido valor.

Assim, o presente trabalho, sem pretender esgotar o tema, busca aclarar alguns aspectos sobre a Defensoria Pública no Brasil, com destaque para a sua relevância como instituição concretizadora do direito fundamental de acesso à justiça, bem como sua importância no processo de inclusão social, num modelo de Estado que se autoproclama como de direito e democrático, mas que simultaneamente convive com um profundo abismo social entre os que têm e os que querem ter, entre os que são e os que querem ser, entre os que podem e os que querem poder.

Exatamente pela constatação da distância existente entre o discurso formal do Estado e a realidade social, foi que se optou por situar a Defensoria Pública como instrumento indispensável à inclusão social, pois um Estado somente conseguirá se tornar efetivamente democrático, enfrentando, dentre outras, a questão da minoração das desigualdades sociais, que passa, necessariamente, pelo direito fundamental de acesso à justiça, aqui representado pela assistência

jurídica prestada pela Defensoria Pública.

Neste contexto é que surge o direito fundamental à Defensoria Pública, calcado nos direitos originários a prestações, segundo o qual o cidadão tem a faculdade de exigir do Estado a prestação da garantia constitucional de assistência jurídica aos necessitados e acesso à justiça, através criação órgão das Defensorias Públicas Estaduais e Federais em todo o país, pois é esta a instituição incumbida de prestar esses direitos.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Não é possível precisar exatamente quando, na História da Humanidade, surgiu a preocupação com os direitos dos hipossuficientes, a fim de viabilizar meios tendentes a igualar as partes em conflito. É certo que na Antigüidade não era vista como um direito e sim como uma caridade feita aos desafortunados.

A primeira manifestação nesse sentido é o Código de Hamurabi, datado, aproximadamente, do ano 2.000 a.C. (PINHEIRO, 2001, p. 48).

Entre os romanos é creditada a Constantino a previsão legal de que em Roma seria nomeado advogado àquele que não tivesse, o que acabou sendo integrado por Justiniano ao *Digesto*, livro I, Título XVI, § 5.º (GIANELLA, 2002, p. 18).

Na idade média, em que pese a organização feudal, Luiz IX (1214-1270), Rei da França, em pleno século XIII, inseriu na legislação o patrocínio gratuito dos desafortunados, estabelecendo que o advogado, em caso de necessidade, seria encarregado *ex officio* da defesa dos indigentes, das viúvas e órfãos (MORAES; SILVA, 1984, p. 22).

Na idade moderna, ultrapassada “a noite de mil anos”, floresceu mais a idéia de se garantir o amparo jurídico a quem não o pudesse com os próprios meios. Em seguida, ainda na França, mas agora no reinado de Henrique IV, o início do século XVII, passou a vigorar:

Que em todos os tribunais fossem instituídos advogados e procuradores para os pobres, viúvas e órfãos, os quais seriam escolhidos entre os mais capazes e honestos, e exerceriam suas funções sem retribuição alguma, não podendo mesmo receber qualquer coisa dos seus constituintes, sob pena de concussão, tendo de contentar-se, apenas, com os salários, dons e prerrogativas que Sua Magestade houvesse por bem conceder-lhes (O DIREITO, v. 72, p. 460 apud MORAES; SILVA, 1984, p. 25).

Em 1776 veio a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (EUA) e em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), estabelecendo a igualdade de todos perante a Lei.

O acesso à Justiça é hoje uma garantia prevista na generalidade dos ordenamentos jurídicos, mas a superação do seu aspecto meramente formal para um acesso efetivo percorre uma longa e ainda inacabada trajetória, principalmente para aqueles desprovidos de fortuna, destinatários dos amplos serviços prestados pela Defensoria Pública.

A nossa herança portuguesa¹, em matéria de assistência judiciária, era a tradicional: dispensavam-se as custas judiciais para as pessoas comprovadamente impossibilitadas de fazer frente a elas e, de outro lado, solicitava-se a advogados que, por generosidade, prestassem serviços profissionais gratuitos a essas mesmas pessoas.

As primeiras tentativas de reforma desse sistema – atribuição de dever honorífico ao advogado – datam do Império e remontam a uma iniciativa tomada no Instituto dos Advogados do Brasil por Nabuco de Araújo, no sentido da criação de um Conselho, naquele órgão, destinado a prestar assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, além de dar consultas (MOREIRA, 1991, p. 128). Já se cuidava aí também do aspecto consultivo.

No começo do período republicano, devem ser assinalados dois decretos: o de n. 1030, de 1890, que autorizou o Ministério da Justiça a criar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres e o de n. 2457, de 1897, que criou um serviço de assistência judiciária.

Dá-se um salto até 1930, quando foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil, que em seu primeiro Estatuto teve inserido um capítulo sobre assistência judiciária, também filiada àquela velha concepção do dever honorífico dos advogados. Os advogados eram convocados a demonstrar a sua generosidade, o seu desprendimento, representando gratuitamente as pessoas que não pudessem pagar seus serviços profissionais.

Avulta consignar a ascensão desta matéria ao nível constitucional. As Constituições brasileiras de 1824, 1891 e 1937 não contiveram qualquer disposição a respeito sequer da assistência judiciária. Já as de 1934, 1946 e 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, representaram um avanço, ao preverem a assistência judiciária como garantia constitucional.

Nítido, portanto, o traço comum às Cartas Políticas anteriores à atual: formulavam o direito à assistência unicamente em termos ligados à representação em juízo, à assistência judiciária. Todas elas se referiam expressamente a esse

¹ Consubstanciada nas três Ordenações: Afonsinas (1447/1521), Manuelinas (1521/1603) e Filipinas (1603/até o advento do Código Civil de 1916)

aspecto (visão restrita), e algumas remetiam expressamente a disciplina da matéria à lei ordinária. A legislação ordinária surgiu por meio de um diploma que até hoje, embora com algumas modificações, permanece em vigor: a Lei n. 1060, de 05 de fevereiro de 1950.

3 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

No momento presente ainda se observa confusão entre os conceitos de justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. Existe na doutrina, e até mesmo em nosso ordenamento, confusão epistemológica destes três institutos, os quais são ordinariamente entendidos como sinônimos, mas não os são, pois cada qual possui o seu próprio significado e função dentro do Estado de Direito.

A maior confusão ocorre entre justiça gratuita e assistência judiciária, até mesmo os textos normativos por vezes confundem tais institutos, como por exemplo, o art. 3º da Lei n.º 1060/50 (BRASIL, 2007), ao afirmar que a parte gozará da assistência judiciária, quando não puder pagar as custas do processo, a isenção de custas e emolumentos; o preceito normativo trata do conceito de justiça gratuita e não assistência judiciária.

Nesse aspecto, seguindo a já tradicional distinção feita pelo ilustre jurista Pontes de Miranda, temos que:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo (1995, p. 383).

Quando se fala em justiça gratuita deve-se compreendê-la como a isenção de custas e despesas, quer sejam a exclusivamente judicial ou não, sendo todas aquelas necessárias ao desenvolvimento do processo e a defesa dos seus direitos. É possibilitar que a parte possa exercer em sua plenitude os meios processuais necessários à efetivação dos seus direitos e faculdades.

Da mesma forma, deve ser assegurada ao assistido a possibilidade de uma assistência jurídica, nos termos do comando constitucional prescrito no art. 5º, inciso LXXIV, da nossa Constituição Federal de 1998 (BRASIL, 2007), que não se confunde com assistência judiciária e justiça gratuita.

A assistência jurídica é algo mais do que o realizado pela assistência judiciária, que se cinge a garantir a gratuidade do patrocínio da causa por advogado; é um serviço público que deve ser realizado pelo Estado, fornecer assistência jurídica é permitir e assegurar aos assistidos a possibilidade de receber orientações, esclarecimento de dúvidas e até mesmo um programa de informação a toda a comunidade (MARCACINI, 2001, p. 33).

Nesse sentido, é válido reportar-se, a esse respeito, às definições de Gonçalves (2002, p. 13):

- **Justiça Gratuita** – que se relaciona à dispensa das despesas processuais e extraprocessuais, desde que as últimas sejam necessárias ao perfeito andamento do processo, ou seja, ao devido processo legal;
- **Assistência Judiciária** – engloba o serviço gratuito de representação, em Juízo, da parte que requer e tem deferida a citada assistência;
- **Assistência Jurídica Integral e Gratuita** – termo mais amplo, utilizado pela atual Constituição (art. 5º, LXXIV), que envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica.

A assistência jurídica engloba a esfera administrativa, tanto na área civil como na criminal, o que inclui recursos administrativos, acompanhamento do inquérito, acompanhamento da lavratura do auto de prisão em flagrante delito e atendimento jurídico carcerário, entre outros.

Ressalte-se que a primeira ocasião em que o constituinte determinou ao Estado a atribuição da assistência jurídica integral foi a Constituição de 1988, pois as anteriores nominavam assistência judiciária, ou seja, quem não estivesse sendo processado em juízo não faria jus à assistência – e por este equívoco de raciocínio, embasado na Constituição anterior, alguns entes da Federação utilizam-se ainda hoje dos advogados dativos.

4 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Muito difícil se falar em Defensoria Pública, sem analisar a proteção jurídica que as Constituições Federais vêm dedicando ao longo da nossa história aos hipossuficientes, para se poder entender sua origem, a mudança que representou ao longo dos anos como garantia dos direitos dos juridicamente necessitados, bem como a mudança de pensamento, assegurando à classe dominadora a incerteza da

imposição da sua vontade, já que aos menos favorecidos economicamente passa a ser dado o direito de lutar pelo justo, independentemente da condição financeira desfavorecida, social ou da discriminação racial.

Assim, historicamente, a Defensoria Pública representa um freio à classe dominante, e uma garantia essencial aos antes dominados, surgindo com a importante missão de tentar abrir as portas dos tribunais para os juridicamente necessitados.

Certo é que, com exceção da Constituição Federal de 1988, nenhuma outra Carta Magna Brasileira tratou do tema defensoria pública, sendo que anteriormente o que se disciplinava era o direito à assistência judiciária aos necessitados, matéria apresentada na parte referente aos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante, a primeira Constituição Federal a tratar da garantia foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934), que disciplinou a matéria no artigo 113, parágrafo 32, com a seguinte redação: “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”, nascendo, assim, a obrigação para o Estado.

Posteriormente a norma veio disciplinada nas Constituições Federais de 1946, 1967 e a atual de 1988.

Em relação às Cartas Políticas de 1946 e de 1967, as mesmas continham redação muito parecida com a de 1934, também disciplinando o tema na parte referente aos direitos e garantias individuais e, na Constituição de 1946, pode-se ler, em seu artigo 141: “a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”, sendo que o parágrafo 35 disciplinava a matéria da seguinte forma: “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

No mesmo diapasão é o texto da Constituição Federal de 1967, artigo 150, § 32², com a novidade de que, a partir desta Carta, a mesma passou a ser denominada Constituição da República Federativa do Brasil, não mais Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, como ocorria nos textos anteriores.

Infelizmente é necessário mencionar que a Constituição Federal de 1937 nada constou quanto ao direito de defesa, sofrendo um corte do autoritarismo, perdendo a figura da assistência jurídica aos necessitados o seu embasamento constitucional, vindo a ter amparo legal somente com a Carta de 1946.

² **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**, *Dos Direitos e Garantias Individuais* - Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5^o, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, para mais adiante dedicar à Defensoria Pública os artigos 134 e 135, que tiveram sua redação parcialmente alterada com a emenda constitucional n. 45, de 2004, passando a vigorar com nova redação, a saber:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5^o, LXXIV.

§ 1^o Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2^o Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2^o.

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4^o.

Não obstante, é fácil perceber, através da leitura dos dispositivos acima apontados, que a Constituição Federal de 1988, além de alargar o âmbito da assistência aos hipossuficientes – de mera assistência judiciária para assistência jurídica integral –, também inovou ao tratar da Defensoria Pública em dois artigos próprios, trazendo à tona a visão de uma Instituição essencial, com papel definido, não substituível por outros órgãos ou profissionais, dotada para exercício de garantias necessárias, entre elas, a autonomia funcional, a administrativa e a financeira.

Outro ponto importante é a previsão de defensorias públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal, com o objetivo de assegurar a defesa dos hipossuficientes, tanto na justiça federal como na estadual, em todos os graus, temas comentados por Bastos (1997, p. 345-346)³.

residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.

Outrossim, a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 2.005, a Defensoria Pública passou a ser dotada da autonomia funcional, administrativa e financeira, para assegurar a necessária independência da Instituição.

Certo é que há muito tempo se discutia a necessidade da autonomia institucional em todos os sentidos, sendo que, em 17 de setembro de 1992, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, em palestra proferida na cidade de Corumbá-MS, intitulada “A Defensoria Pública como instrumento da cidadania”, teceu comentários sobre o tema, expondo sua posição favorável à autonomia da Defensoria Pública (p. 19)⁴.

Assim, percebe-se, de há muito, a preocupação com o tema, com a necessidade da independência administrativa, visando a uma maior combatividade na defesa do juridicamente necessitado, o que só pode ser garantido com a ausência de hierarquia administrativa com os demais órgãos, que porventura poderão figurar no pólo passivo, ou até mesmo ativo das ações, bem como através da discutida estruturação e independência financeira.

É de se notar que, hoje, a grande comunidade jurídica já compartilha de um único pensamento, de que é necessário o fortalecimento e aprimoramento das Defensorias Públicas, com a criação das mesmas em estados onde ainda não foram organizadas ou implantadas na forma da Constituição da República (Goiás, Santa Catarina e Paraná), já que vêem a Instituição como primordial instrumento de viabilização do acesso à Justiça, representando uma grande conquista social, matéria também tratada por Silveira (1992, p. 18)⁵.

Com certeza, não há como falar em fortalecimento e aprimoramento das Defensorias Públicas, sem trazer à tona a necessidade da sua efetiva autonomia administrativa, funcional e financeira.

A autonomia funcional representa o direito de agir e decidir sem pressões

³ Com efeito, a atual Lei Maior não se limitou a consignar o dever de prestação da assistência jurídica. Ela deixa claro a quem compete fornecê-la. Isto é feito pelo art. 134 e seu parágrafo único, que deixa certa a existência de uma defensoria pública no nível da União e do Distrito Federal, que será organizada pela primeira, assim como patenteia a existência de uma defensoria nos Estados, submetida a normas gerais de nível federal. (...) O que é certo é que se excluem outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria defensoria pública.

⁴ No que respeita à organização das defensorias públicas, compreendo, por igual, que devem ser entidades com autonomia, em relação ao Ministério Público e à Procuradoria-Geral do Estado, ambas instituições também essenciais à função jurisdicional, nos termos da Constituição, cada qual, todavia, com atribuições específicas. A defensoria Pública, no patrocínio de direitos, poderá, *ad exemplum*, mover ação contra o Estado, intervindo, então, a procuradoria respectiva, na defesa da pessoa jurídica de direito público. Pode a Defensoria Pública defender réu em ação cível movida pelo Estado, ou em ações penais patrocinadas pelo Ministério Público. Distintos os domínios de sua atuação, convém sejam órgãos, entre si, não dependentes, na perspectiva da hierarquia administrativa (SILVEIRA, 1992, p. 19).

externas vindas de outros órgãos, instituições, Poderes, seguindo somente o preceituado nas leis, Constituição Federal e Estadual.

Com a autonomia administrativa, a Instituição adquire o poder de decidir sobre a situação funcional de seus membros, tanto os da ativa como os inativos; prover os cargos quando necessários, visando a uma maior efetividade dos serviços; adquirir bens para a estruturação, manutenção e consumo das defensorias públicas, dentre outras importantes faculdades diretamente ligadas à autonomia administrativa.

Em relação à autonomia financeira, permite à Instituição a elaboração da sua proposta orçamentária, respeitando, evidentemente, os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, o recebimento dos recursos a ela cabíveis etc.

Dessa maneira, o texto constitucional, com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, deu um enorme passo para garantir aos hipossuficientes o acesso à Justiça, através de uma Defensoria Pública forte e estruturada, dotada de autonomia administrativa, funcional e financeira, com o “poder de prestar o serviço de Justiça ao povo, de forma satisfatória, o que pressupõe boa qualidade, acessibilidade a todos e pronto desempenho (SILVEIRA, 1992, p. 10)”. Entretanto, em que pese o avanço, este ocorreu apenas a nível estadual, vez que a Defensoria Pública da União continua subordinada ao Ministério da Justiça, bem como algumas Defensorias Públicas Estaduais ainda continuam subordinadas às Secretarias de Estado, como é o caso do Distrito Federal, Minas Gerais e Pernambuco.

5 AMPLIAÇÃO DA FUNÇÃO PROTETIVA DO ESTADO NA ATUAL CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição de 1988 trouxe inovação capital em seu art. 5º,

⁵ Organizadas as Defensorias Públicas, como ordena a Constituição, com profissionais do Direito, de alta competência, selecionados em concurso público, provendo cargos de carreira, com garantias funcionais de independência no exercício das funções, afastados de preocupações com a advocacia particular, mas remunerados condignamente, como se impõe, bem de ver é que se abrem amplas perspectivas de assistência aos necessitados, esclarecendo-lhes os direitos e as obrigações, em consultas regulares, prevenindo-se, em consequência, também, centenas de ações desnecessárias, realizando-se conciliações, orientando-se, superiormente, soluções no âmbito da família, na proteção a menores e incapazes, dentre tantas outras providências, que a boa organização das Defensorias Públicas e a experiência de seu funcionamento hão de trazer. [...] A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional, alcança, desse modo, status constitucional, a par de outras instituições contempladas no mesmo Capítulo da Lei Fundamental. [...] Nesse sentido, acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, [...]. Se é uma instituição e ainda sujeita a normas gerais de lei complementar federal, a toda evidência, não pode ser órgão subordinado ou parte de outra instituição, que não ao próprio Estado (SILVEIRA, 1992, p. 18).

LXXIV⁶: a Constituição abandona aquela orientação restritiva de cuidar do assunto unicamente com referência à defesa em juízo; abandona a concepção de uma assistência puramente judiciária, e passa a falar em **assistência jurídica integral**.

Obviamente, essa nova concepção alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que passa a compreender, além da representação em juízo, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e também a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais.

Ora, essa inovação tem uma importância que não pode ser subestimada, porque justamente um dos fatores que mais contribuem para perpetuar as desigualdades nesse campo é a falta de informação.

Acredita-se que haja uma enorme demanda reprimida de prestação jurisdicional, resultante da circunstância de que larga faixa da população do nosso país, pura e simplesmente, não tem qualquer informação sobre os seus direitos.

Por outro lado, há também a vantagem de desafogar o aparelho Judiciário, evitando a propositura de inúmeras ações judiciais, por meio da celebração de acordos firmados sob a intervenção do Defensor Público, após esclarecidas as partes de seus direitos e deveres e as prováveis conseqüências da demanda judicial, sem esquecer que, por meio da assessoria, do aconselhamento, restará igualmente prevenido certo número de litígios que só acabam por ser levados ao Judiciário exatamente em razão da pouca informação, em razão da apreciação errônea que as pessoas fazem das suas próprias situações jurídicas.

Ainda no âmbito extrajudicial, compete à Defensoria Pública atuar, por exemplo, em processos administrativos, por força da garantia constitucional consignada no art. 5º, LV, da Constituição Federal⁷.

Mas a Constituição de 1988 assegurou ainda novo *status* à Defensoria Pública, na medida em que, pela primeira vez, esse órgão se vê diretamente consagrado, nominalmente referido no próprio texto constitucional, que a ele alude no capítulo intitulado, muito significativamente, **Das funções essenciais à Justiça**⁸.

A importância da Defensoria Pública extrapola os limites traçados pelo artigo 134 da Carta Política, para alcançar a própria garantia e efetividade do Estado Democrático de Direito, já que ela é o elemento pelo qual se irá viabilizar

⁶ LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁷ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

o exercício, por parte de cada cidadão hipossuficiente do Brasil, dos direitos e garantias individuais que o Constituinte tanto se preocupou em assegurar ao povo brasileiro, consagrando assim a igualdade substancial.

E é justamente pela importância do papel da Defensoria Pública e sua direta influência na mudança do atual quadro social, que a Instituição, não raras vezes, se depara com poderosos inimigos que, pertencentes às fileiras dos opressores e antidemocráticos, não pretendem qualquer mudança na situação social presente.

Muitas vezes travestidos de falsos democratas, agem sorrateiramente, enfraquecendo e aviltando a Instituição que certamente mais lhes assusta, pois o seu poder transformador reduz o domínio que exercem sobre os desinformados e despreparados que, infelizmente, forma a maior parte da nação brasileira.

Preocupa-os, portanto, a idéia de uma Defensoria Pública forte, independente e transformadora, capaz de exercer com altivez sua missão constitucional, livre de ingerências políticas (MORAES, 1995, p. 17).

Lamentavelmente, esta postura retrógrada é por vezes adotada por membros do Poder Judiciário, que relutam em incorporar à sua práxis, quando o jurisdicionado é hipossuficiente, toda a gama de direitos e garantias enfeixados no valor dignidade da pessoa humana.

Com efeito, quando se trata da atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos e interesses dos necessitados, esses magistrados não desejam defesa efetiva, nem defesa independente; esperam apenas que ela venha auxiliar o Judiciário numa forma rápida e cômoda de pôr fim aos conflitos, sem que isso implique necessariamente solucioná-los. Esperam que as decisões não sejam contestadas e que a Defensoria Pública seja um apêndice do Judiciário, que sirva tão-somente para dar aparência de legalidade às decisões.

Pois bem, quando a Constituição da República diz que a Defensoria Pública é Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, deve-se entender que não é essencial apenas ao Poder Judiciário, uma vez que o poder de provocação vai muito mais além da postulação ao Judiciário. A Justiça aqui está no sentido de que o Estado tem que realizar este valor no sentido mais amplo possível. A realização da Justiça é uma finalidade do Estado. Logo, só se pode entender Justiça no sentido amplo e não no sentido estrito (de órgão judiciário).

Por outro lado, a afirmação de que a Defensoria Pública é uma Instituição essencial se justifica simplesmente porque representa o liame entre a sociedade e o Estado, sem qualquer compromisso com o interesse estatal.

⁸ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Daí o cuidado normativo que, espalhado por todo ordenamento, classifica sua imprescindibilidade no equilíbrio de forças, na paridade de armas, sendo certo que a assistência jurídica por ela prestada integra a defesa de um regime socialmente mais justo.

6 DEFENSORIA PÚBLICA: ÓRGÃO CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A Constituição Federal impõe a Defensoria Pública como instrumento essencial para atender àqueles que não podem suportar os custos de uma demanda judicial ou mesmo não podem pagar simples consulta jurídica que seja. Mas, de que vale isso se a quase totalidade dos Estados-membros, que organizaram a Defensoria Pública, padece de falta de meios matérias para atingir seus fins?

Há países, mundo afora, que ainda ignoram ser dever seu garantir o acesso à justiça, inclusive daqueles que são desapossados de bens materiais para litigar em juízo. Outros há que pensam ser melhores com a tão só isenção parcial de custas para os pobres; outros, ainda, crêem ter o remédio perfeito fazendo que o interessado peregrine em busca de um atestado oficial de pobreza (quando seria o Estado quem deveria providenciar para si próprio um atestado – o de incompetência) para somente aí providenciar um profissional para representá-lo em juízo.

Ledo engano. No que tange ao acesso à justiça o Estado somente cumpre seu dever quando coloca à disposição do necessitado um serviço organizado, amplo e eficiente de assistência jurídica, com profissionais comprometidos e qualificados, admitidos por concurso público e detentores de deveres e prerrogativas inerentes ao desempenho do cargo.

Em nosso país, infelizmente, ainda não saiu do papel esse ideal.

Que o pobre nunca teve acesso à Justiça e que a Justiça é que tinha acesso ao pobre, a ele chegando por intermédio de seus oficiais que portavam ora a ordem de despejo, ora o mandado de prisão, não é novidade.

A novidade brasileira reside no fato de que a Constituição Federal de 1988 não apenas previu um direito de acesso à Justiça pelos pobres, mas, inovando, criou a Defensoria Pública como a instituição responsável pela proteção dos interesses dos carentes. Apesar disso, a efetivação desses órgãos, no plano nacional, vem encontrando obstáculos. Isso ocorre porque a elite brasileira não tolera que os pobres discutam os seus direitos em igualdade de condições (AMARAL; FIUZA, 2000,

p. 53).

Como menciona Galliez (2001, p. 45), embora formalmente o Estado admita a necessidade da Defensoria pública, na prática age como se essa importância fosse secundária. Eis um dos motivos de tantas rebeliões em presídios no Brasil. Inegavelmente a população carcerária é constituída por pessoas pobres, algumas revoltadas por que o Estado não lhes propiciou defesa penal efetiva, pelo que se sentem como que sumariamente condenadas; outras revoltadas por que, embora conscientes da ação criminosa que praticaram, não vêem a presença do Estado no acompanhamento da Execução Penal. A fiel implantação da Defensoria Pública poderá superar esses graves problemas.

No Brasil, a questão do direito ao acesso à justiça penal tem sido muito debatida. A partir da Constituição Federal de 1988 que, no seu art. 1º, afirma ser o Brasil um Estado democrático de direito, isto implica na necessária oferta, como decorrência daquela condição, a todo o cidadão, pelo Estado, de um serviço judicial que possibilite a composição pacífica dos conflitos ocorridos dentro da sociedade. De outro lado, além do oferecimento de um serviço judicial capaz de atender e compor os conflitos sociais, ele deve ser acessível a todo cidadão, isto é, não podem existir obstáculos jurídicos e, principalmente, econômicos, a impedir que o cidadão, efetivamente, exerça seu direito de pedir ao Estado, por meio do Poder Judiciário, uma prestação jurisdicional (SILVA, M., 2001, p. 95).

Inexiste, pois, outra forma para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita, com fundamento de validade na Constituição Federal, diversa da Defensoria Pública. Até mesmo porque a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF), que é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), e a inclusão social, só serão efetivamente alcançados através da Defensoria Pública, no que tange ao acesso à justiça.

7 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Os princípios institucionais da Defensoria Pública estão previstos no artigo 3º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, 2007): unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Afora a legislação citada, é possível encontrar os princípios institucionais

da Defensoria Pública nas Constituições Estaduais, tais como artigo 140, § 1º da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul (MATO GROSSO DO SUL, 2007)⁹; artigo 179, § 2º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2007)¹⁰; bem como em Leis Orgânicas dos Estados, que dispõem sobre a Defensoria Pública, como a Lei Complementar n. 111, de 17 de outubro de 2005, do Estado de Mato Grosso do Sul (MATO GROSSO DO SUL, 2007), onde a matéria em estudo está estampada no artigo 2º.

Quando se fala em princípio da **unidade**, o próprio nome já traz a idéia do seu significado, correspondendo a “um todo orgânico, sob uma mesma direção, mesmos fundamentos e mesmas finalidades” (MORAES, 1997, p. 46).

Assim, a Defensoria Pública “opera como um todo, sem facção ou fragmento” (GALLIEZ, 2001, p. 23).

Não obstante, poderá um Defensor Público, com base no princípio da unidade, substituir outro Defensor Público no mesmo processo, sem qualquer prejuízo.

Destaca-se que, com base na independência funcional, quando um defensor público vem a substituir outro, tendo os profissionais opiniões jurídicas diferentes, poderão adotar posturas defensivas diversas.

Não obstante, o que não pode ocorrer é deixar o assistido sem a garantia constitucional da assistência jurídica gratuita, diante da divergência de pensamento existente entre os profissionais.

Ressalta-se que esta substituição deverá seguir as normas estabelecidas pela Defensoria Pública Geral para as substituições.

Outro ponto importante vinculado ao princípio da unidade institucional, diz respeito à inamovibilidade do Defensor Público, o que lhe garante poder desenvolver suas funções de forma independente, sem temer uma remoção, como forma de punição pela sua atuação na defesa dos direitos dos hipossuficientes, em confronto com poderosos influentes.

No tocante ao princípio da **indivisibilidade**, novamente, o próprio nome traz em si a idéia central, qual seja, aquilo que não pode ser dividido, sendo a

⁹ **Art. 140.** A Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe de prestar gratuita e integral assistência jurídica, judicial e extrajudicial aos necessitados, compreendendo a orientação, postulação e defesa de seus direitos e interesses em todos os graus e instâncias, na forma do art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

§ 1º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

¹⁰ **Art. 179 -** A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

Instituição indivisível, pertencente aos Defensores Públicos e aos assistidos.

Assim, iniciado o atendimento, o mesmo deve ir até alcançar seus objetivos, mesmo se for necessária a atuação de outro membro da Instituição diante de férias, impedimentos, afastamento ou licenças do Defensor Público originário.

“O que melhor caracteriza a indivisibilidade da Defensoria Pública são as prerrogativas da intimação pessoal e a contagem em dobro de todos os prazos” (GALLIEZ, 2001, p. 28).

Certo é que tal norma veio para regularizar uma situação concreta e difícil, representada pelo excessivo número de feitos, garantindo, dessa maneira, a qualidade do trabalho e dificultando a perda de prazos, dando continuidade ao trabalho iniciado, assegurando a indivisibilidade. Em suma, tratam-se de prerrogativas destinadas a assegurar a igualdade material, tratando desigualmente os desiguais.

Não fosse suficiente, ainda vislumbra-se a proibição do exercício da advocacia, prevista no § 1º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988¹¹, que também acaba por garantir a indivisibilidade, ao exigir dedicação exclusiva, impedindo que profissionais estranhos possam ocupar o seu espaço (GALLIEZ, 2001, p. 30).

Destarte, se é proibido ao membro da Defensoria Pública exercer a advocacia fora das suas atribuições institucionais, se é necessário o concurso público de provas e títulos para se tornar um Defensor Público, não é possível que advogados exerçam a função de Defensor Público, isso em uma interpretação do texto constitucional, sendo necessárias ambas as proibições apontadas para garantir a indivisibilidade institucional.

Já em relação ao último princípio de que é dotada a Defensoria Pública, qual seja: o princípio da independência funcional, o mesmo reflete a autonomia que a Defensoria Pública possui perante os outros órgãos, não podendo sofrer,

§ 1º - À Defensoria Pública são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 152, § 2º. *Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 31 de maio de 2006.

§ 2º - São princípios institucionais da Defensoria Pública a unicidade, a impessoalidade e a independência funcional. * Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37, de 31 de maio de 2006.

¹¹ § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e **vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais**. [sem grifo no original] (Antigo parágrafo único renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004).

dessa maneira, qualquer interferência política visando a prejudicar a sua atuação.

A independência funcional da Defensoria Pública é essencial para o bom desempenho das funções, já que não raras vezes o Defensor Público, visando a resguardar os direitos do seu assistido, ingressa com ações contra o Estado (aqui entendido em sentido lato, para abranger qualquer pessoa jurídica de direito público), sendo imprescindíveis a independência e a autonomia, para evitar quaisquer pressões, ingerências ou atitudes que venham a ceifar ou atrapalhar a obtenção do direito pleiteado pelo assistido.

Tal autonomia também é visualizada em outros momentos na Lei Complementar da Defensoria Pública, em que se vêem disciplinadas as garantias e prerrogativas do Defensor Público em todos os níveis da sua carreira, em que se garante a eleição do Defensor Público-Geral entre membros da carreira, através da formação de lista triplíce a ser apresentada ao Governador do Estado, ou pelo regime jurídico próprio para os Defensores Públicos etc.

São os Defensores Públicos, sem sombra de dúvida, agentes políticos do Estado, e não meros servidores públicos.

É de se notar o texto da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, artigo 127, que estabelece como garantias dos membros da Defensoria Pública a independência funcional no desempenho de suas atribuições, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade.

Diga-se, que a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a estabilidade são garantias essenciais para um exercício realmente dotado de independência funcional, diante da certeza da impossibilidade da perda do cargo (somente é possível através de processo disciplinar, pelos motivos elencados na legislação), diminuição salarial ou uma mudança forçada, tudo em prol de um atendimento eficiente e independente aos hipossuficientes contra a classe dominadora.

Não se pode esquecer de outras prerrogativas importantes como corolário da independência funcional, tais como o prazo em dobro, o direito à intimação pessoal, o poder de requisição, etc.

Alia-se ao acima citado, a importância da alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que garante a autonomia administrativa e financeira, já que sem as mesmas é muito difícil falar-se em independência funcional.

8 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

As funções institucionais da Defensoria Pública estão previstas no

artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, de forma não taxativa, isso porque outras legislações, tais como as Constituições Estaduais, como as Leis Complementares Estaduais, poderão acrescer ao rol das funções, apontando novas atribuições.

Não obstante, este acréscimo nunca poderá fugir à idéia de se fornecer orientação jurídica e defesa, em todos os graus, gratuitamente, aos juridicamente necessitados, nos termos previstos na Constituição Federal de 1988, respeitadas as finalidades da Instituição.

Assim, de acordo com o artigo 4º da legislação supra-apontada, dentre outras funções, encontra-se a de prestar o atendimento judicial e extrajudicial, inclusive em processos administrativos, promovendo extrajudicialmente a conciliação entre as partes no conflito de interesses; patrocinar ação penal privada e subsidiária da pública, ação civil, defesa em ação penal, defesa em ação civil na sua amplitude (reconvir e propor exceções); atuar como Curador Especial; exercer a defesa da criança e do adolescente; patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado; atuar junto aos Juizados, aos estabelecimentos policiais e penitenciários, etc.

Destaca-se, que podem ser assistidos pela Defensoria Pública tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, desde que comprovada a impossibilidade para suportar as despesas do processo (BRASIL, 2007)¹², ou não tenham finalidade lucrativa, como se verifica em muitas associações.

Por outro lado, para a melhor atuação e defesa dos interesses dos

¹² **RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS - COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS - RECURSO DESPROVIDO** - 1. A corte especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos ERESP 388.045/RS, consolidou entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas podem ser beneficiárias da Assistência Judiciária Gratuita de que trata a Lei 1.060/50. Em se tratando de entidade filantrópica, de assistência social ou similares, basta o requerimento e a declaração do estado de pobreza, a qual goza de presunção juris tantum, incumbindo, portanto, à parte ex adversa a prova em contrário. De outro turno, tratando-se de pessoas jurídicas com fins lucrativos, cabe ao requerente comprovar a impossibilidade de pagamento dos encargos do processo, sem comprometer a sua existência. 2. Na hipótese em exame, o tribunal de origem entendeu que essa comprovação foi devidamente realizada pela empresa, na medida em que restou demonstrada a dificuldade de ela pagar as despesas processuais sem comprometer a sua própria subsistência. 3. Para se entender de modo diverso das conclusões constantes do acórdão recorrido, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que, no entanto, é vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial desprovido. (STJ - RESP 200400547685 - (656274 SP) - 1ª T. - Rel. Min. Denise Arruda - DJU 11.06.2007 - p. 00264).

¹³ **Art. 41.** Constituem direitos do preso:

[...] VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

[...] IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; [...]

assistidos, têm sido criados núcleos próprios em diversos segmentos, tais como o da infância e juventude, do consumidor, da cidadania, da defesa da mulher vítima de violência, de loteamentos, de terras e habitação, dentre outros.

Em alguns estados, como Espírito Santo e Mato Grosso do Sul, é possível encontrar a figura da defensoria pública itinerante, que leva o atendimento até a população, em consonância com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual contém previsão expressa da necessidade de órgãos itinerantes (artigo 115, § 1º e artigo 107, § 2º, ambos da Constituição Federal de 1988).

Quanto às funções específicas anteriormente mencionadas, é mister comentar sobre a importância do atendimento extrajudicial, já que muitas vezes as partes deixam de se compor em face da ausência do conhecimento das normas, e com o esclarecimento e a celebração de acordos nessa fase, consegue-se evitar muitas demandas, o que garante maior agilidade na solução dos conflitos.

Na esfera penal localiza-se grande parte da atuação da Defensoria Pública, havendo estatísticas que chegam a apontar que 90% (noventa por cento) dos processos são atendidos pela Instituição, o que não é de se estranhar, isso porque a grande massa acusada pertence às classes sociais menos favorecidas, pessoas desprovidas de recursos para contratar um advogado.

O Defensor Público deve também atuar junto aos estabelecimentos penais e penitenciários, na defesa dos condenados e dos presos provisórios, garantindo a plena aplicação das normas constitucionais e da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 2007), com intuito de resguardar os direitos e garantias individuais.

O artigo 41, incisos VII e IX, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984¹³, garante o direito à assistência jurídica, bem como a entrevista pessoal e reservada com o advogado.

Outra esfera de atuação que possui grande procura é a referente à área de família, cujos números chegam a apontar que 80% (oitenta por cento) dos processos que tramitam nos Fóruns são atendidos pela Defensoria Pública, onde existe a referida Instituição, isso porque é crescente o número de pessoas juridicamente necessitadas, que procuram a Instituição com o objetivo de ingressar com ações referentes a esta área do direito, sendo as mais comuns as ações de alimentos, execução de alimentos, investigação de paternidade, negatória de paternidade, separação judicial, divórcio, dentre outras.

Já em relação à atuação do Defensor Público como Curador Especial, certo é que com a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, tal função passou a ser privativa de membro da Defensoria Pública.

Não obstante, “é função atípica, pois independe da situação econômica do citado por edital ou por hora certa, do incapaz, que não tenha representante

legal ou cujos interesses daquele colidam com os deste, ou do réu preso (art. 9º do CPC)” (MORAES, 1995, p. 28).

Quanto ao exercício da defesa do menor, além da previsão expressa contida na Lei Complementar em comento, encontra-se garantida no artigo 141 e seu § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, mais conhecida como ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2007)¹⁴, visando sempre a ampliar a garantia do acesso à Justiça.

Diga-se, que não trata a norma apenas e tão somente da atuação nos tradicionais processos de guarda, adoção, destituição do poder familiar, mas também da atuação em defesa dos menores que respondem a representações, a defesa dos que estejam internados, etc.

Não se pode esquecer, quando se fala em atuação do Defensor Público, que a defesa do consumidor, através do patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado, tem ganhado muito destaque nos últimos tempos, o que só foi possível através da criação de núcleos próprios visando a assegurar os direitos do consumidor hipossuficiente, inclusive através da propositura de ações civis públicas com essa finalidade.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, disciplina em seu artigo 5º, inciso I, sobre a necessidade de ser fornecida assistência jurídica integral e gratuita para o carente.

Assim, deve ser fornecida a assistência jurídica aos hipossuficientes, através da orientação e propositura de ações, papel desincumbido pela Defensoria Pública, conforme comenta Filomeno¹⁵ (GRINOVELE et al, 2001, p.94).

Por fim, em todos os processos judiciais ou administrativos que atuar o Defensor Público, nas diversas áreas (cível, penal, etc.), o mesmo nunca deve perder de vista a necessidade de lutar para garantir efetivamente o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) da parte assistida.

Somente para encerrar, urge lembrar que as funções institucionais da Defensoria Pública poderão ser exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de Direito Público (artigo 4º, § 2º, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994), não havendo qualquer impedimento quanto a isso.

¹⁴ **Art. 141.** É garantido o acesso de toda criança ou adolescente, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

¹⁵ E, com efeito, visou o legislador pátrio não apenas a dar cobro àquele mandamento

9 OBSTÁCULOS QUE IMPEDEM A DEFENSORIA PÚBLICA DE CUMPRIR SUAS FUNÇÕES

Em uma aproximação muito superficial ao problema dos obstáculos que impedem a Defensoria Pública de desempenhar suas tarefas, é de se ver que esses obstáculos são de duas ordens: a) obstáculos relacionados à falta de recursos materiais; b) obstáculos relacionados aos recursos humanos.

Quanto aos obstáculos materiais, as dificuldades de funcionamento da Defensoria Pública são em decorrência da política do governo que, sistematicamente, nega recursos para o perfeito funcionamento da instituição.

Afirmaríamos que se trata de um mal desejado pelas elites político-econômicas, por temerem cada vez mais uma atuação eficiente e eficaz da Defensoria, o que teria imensa importância na luta do povo para ampliar seus espaços políticos e sociais. Não é por acaso que a carência de meios materiais das Defensorias ocorre tanto na ordem estadual como na federal, a demonstrar que se trata de uma ação sistemática das elites para frustrar as expectativas do povo a respeito da proteção de seus direitos.

Quanto à deficiência dos recursos humanos, os defensores a conhecem melhor do que qualquer um, inclusive por que as vivem. Gostaria apenas de lembrar a fantástica contradição entre o mega universo dos necessitados de assistência jurídica e o irrisório número dos defensores.

O Brasil, que é destaque mundial da má distribuição da riqueza, deve ser também o campeão mundial da má distribuição da assistência jurídica aos pobres, pois como foi constatado no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (BRASIL, 2006, p. 65), a relação entre o número de defensores e a população-alvo é bastante assimétrica nas distintas unidades da Federação, sendo que, incluindo a Defensoria Pública da União, a média nacional é de 01 (um) defensor para cada 129.196 potenciais assistidos, o que torna humanamente impossível garantir a todos o acesso à Justiça.

Assim sendo, cumpre salientar que a democratização do acesso à Justiça, com eficiência e qualidade, é uma empreitada que está longe de acabar.

constitucional, como também a prestar *ao consumidor, de modo geral, uma assistência não apenas judiciária, defendendo-o no seio de uma demanda judicial, como também orientando-o a respeito de seus interesses e direitos*. Com efeito, o consumidor, já em decorrência de sua vulnerabilidade manifesta, vê-se na maioria das vezes em situação de desamparo e desorientação, cabendo às defensorias públicas, dessarte, relevante papel de orientação integral, além, certamente, de representá-lo em juízo, sempre que necessário.

10 RELEVÂNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS TRAÇADOS NO ART. 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O desenvolvimento de um país e o bem-estar de seus cidadãos é fruto de uma conjunção de fatores: crescimento econômico, provimento e acesso a bens e serviços, à segurança pública, fortalecimento das instituições democráticas e funcionamento ágil e modernizado das estruturas jurídicas do país.

Qualquer reflexão sobre o sistema de justiça no Brasil – no qual se insere a Defensoria Pública – deve partir do modo como a sociedade está organizada. Um profundo abismo separa os que têm dos que querem ter, os que são dos que querem ser, os que podem dos que querem poder.

O processo de consolidação do regime democrático no Brasil vem convivendo com a sobrevivência de um quadro social marcado por profundas iniquidades. Nesse cenário de tantas desigualdades, fala-se em direitos fundamentais da pessoa humana. O aparato institucional fundamenta-se na igualdade; daí a balança, símbolo da justiça, aparecer em equilíbrio. Só que no Brasil essa igualdade é formal, sempre esteve apenas no papel, o que torna o equilíbrio da balança uma ficção.

A promulgação do texto constitucional no ano de 1988 representou uma esperança. Prenunciou uma nova era na história político-social brasileira, ao conceber um ideário democrático em que o pleno exercício da cidadania efetivar-se-ia pela extensão dos direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas, consagrando assim o irrestrito princípio da igualdade. Além do mais, os direitos e garantias fundamentais passaram a ter eficácia absoluta e imediata. Mas, destes – e não por acaso apenas os direitos e garantias individuais passaram também a carregar a característica da intangibilidade; em outras palavras, a nada se sujeitando para serem efetivados e, o mais importante, insuscetíveis de emenda constitucional.

Realmente uma das principais marcas da Constituição é sua prodigalidade no reconhecimento de direitos individuais e coletivos. Por esta razão, chegou a ser identificada como a Constituição Cidadã. Porém, os mecanismos de cumprimento existentes não garantem seu pleno exercício por uma grande parcela da população, aí incluído o acesso à Justiça, a par de formalmente previsto como direito de todos e dever do Estado.

Como se não bastasse, o processo de desenvolvimento econômico vigente em nosso País perfila da teoria da globalização com a nota neoliberal. Nessa linguagem nova de poder são estabelecidos, quase de forma despercebida, conceitos revisitados: o cidadão é consumidor; a sociedade é mercado; o Estado

um braço e instrumento do império financeiro; a soberania, um vocábulo ultrapassado de constitucionalistas e filósofos políticos. É crescente e brutal o alijamento da maior parte da população desse contexto econômico que, para coexistir, na essência, deve selecionar.

A opção desse perverso modelo neoliberal não passa, por óbvio, por aqueles de poder econômico reduzido ou nenhum. Elege ele, ao revés, para sua subsistência, a desnacionalização, a desestatização e a desconstitucionalização.

O Estado, assim comprometido, desobriga-se de suas responsabilidades sociais. E, na condição economicamente vassala, tem suas estruturas política e institucionais ameaçadas. A reduzida destinação orçamentária à saúde, educação, habitação e cultura; as privatizações irresponsáveis; os acordos espúrios com o Fundo Monetário Internacional, bem revelam um padrão de administração fraca, descompromissada com os objetivos da República Federativa (art. 3º, da Constituição Federal), e entregue.

Frente a essa globalização econômica, há de reagir-se com a globalização democrática, redimensionando o conceito de democracia, no intuito prático de mitigar a exclusão social¹⁶ (PAULA, 2002, p. 91) no novo Estado liberal, o que passa por uma abordagem de caráter participativo direto da sociedade. O resgate é, pode-se dizer em poucas palavras, da dignidade humana. E nessa conclusão também se assenta a idéia da necessidade de ênfase aos direitos fundamentais, já que esse valor os enfeixa. Aliás, é esse o expresso compromisso assumido pela Carta Política de 1988.

Filiar-se e, posteriormente, praticar a doutrina da efetividade desses direitos fundamentais – de todas as gerações e a hermenêutica de princípios constitucionais – arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal: soberania, cidadania, democracia, erradicação da pobreza e marginalização, promoção do bem-estar, prevalência dos direitos humanos, dentre outros – é a melhor via para alcançar-se a realização de uma sociedade mais justa e igualitária. É buscar os caminhos que garantam a Justiça aos que querem ter, ser e poder.

A garantia de acessibilidade ao Poder Judiciário se torna inócua em diversas situações. A falta de condições materiais de boa parte dos cidadãos impede o exercício do direito de ação e do direito de defesa. Isso se deve, em grande parte, à impossibilidade de obtenção, por esta parcela da população, de serviços de orientação jurídica e de defesa processual, por profissional habilitado, devido à falta de estruturação adequada da Defensoria Pública, ou mesmo pela sua inexistência.

¹⁶ “A expressão ‘exclusão social’, todavia, não significa um ato ou fato, mas um processo de marginalização ou eliminação de pessoas ou de grupos sociais dos benefícios conferidos por um sistema político-econômico.”

Esta parcela de indivíduos não tem acesso a informações sobre seus direitos e os mecanismos institucionais para garanti-los. Somado a este fato, o sistema processual brasileiro tem características extremamente excludentes. A possibilidade de utilização de inúmeros recursos e incidentes processuais torna a tramitação dos processos judiciais extremamente morosa. Isso restringe o pleno gozo da justiça àqueles indivíduos que dispõem de menos recursos para suportar o pagamento dos custos processuais.

A criação de mecanismos para permitir que qualquer pessoa possa pleitear seus direitos, independentemente de seus recursos materiais, é um fator fundamental para consolidar um regime democrático.

A universalização do acesso à justiça depende, pois, de um órgão público encarregado de garantir que os direitos formais não se transformem em letra morta, ou em um conjunto de ideais, sem nenhum reflexo no cotidiano (BRASIL, 2004, p. 15).

Neste sentido, são fundamentais as discussões sobre a garantia da assistência jurídica integral à parcela da população carente de recursos. O papel essencial de possibilitar o acesso universal à Justiça é exercido pelas Defensorias Públicas. Seu fortalecimento institucional, assim, torna-se imprescindível.

Com efeito, a igualdade democrática efetiva-se na atuação da Defensoria Pública. A assistência jurídica àqueles que não têm condições de pagar um advogado rompe as barreiras impostas pela estrutura econômica. Ou, em outras palavras, impede que a igualdade de todos perante a lei seja contaminada pelas desigualdades econômica e social. Por outro lado, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos é condição básica para a solução de controvérsias de forma pacífica. Desta forma, o papel das Defensorias é absolutamente essencial para a realização de um Estado Democrático, assentado em princípios igualitários.

Em um país com cerca de 54% da população percebendo dois ou menos salários mínimos, a institucionalização de um serviço apto a prestar orientação e assistência jurídicas torna-se requisito fundamental para a consolidação do Estado de Direito e do regime democrático.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXIV, preferiu falar em **assistência jurídica integral**, partindo da noção de que o acesso à Justiça pressupõe que as pessoas tenham noção de seus direitos ou, numa fórmula consagrada, percebam que têm direito a ter direitos.

O acesso à Justiça integra o acesso à Justiça social, uma vez que, indo além de simplesmente prover a paridade de armas no processo, é hoje dever do Estado fazer ver à população que esta possui direitos e instrumentalizar sua realização.

Dessa forma, as Defensorias Públicas concorrem de forma indissociável para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no art. 3º da Constituição¹⁷.

Pode-se afirmar com segurança que a população tem direito a ser juridicamente orientada e a ver seu direitos fundamentais promovidos, daí decorrendo o direito fundamental ao acesso à Justiça (social), contando com órgãos capacitados para tanto, denominados Defensorias Públicas. Estas surgem num contexto em que se reconhece que o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas funções essenciais a realização da Justiça social, justiça esta que pressupõe o conhecimento e realização dos direitos fundamentais pelos seus titulares, sejam tais direitos individuais, coletivos ou difusos.

Ao prever a criação de órgãos estatais, a Constituição Federal claramente afastou-se do modelo assistencialista, vedando que sejam celebrados convênios para contratação de advogados custeados pelos cofres públicos. Ao criar uma nova instituição jurídica, a Constituição atribuiu-lhe a função de concorrer para o acesso à Justiça social, especialmente no que diz respeito à orientação jurídica da população, algo inalcançável pela advocacia, seja em razão de sua estrutura pulverizada, seja pela natural finalidade lucrativa que envolve a atividade do profissional liberal.

Em suma: a existência e o vigor da Defensoria Pública são exigências para o rompimento de importantes barreiras no acesso à Justiça e para a realização da isonomia democrática.

Essas exigências são tanto mais acentuadas quanto maiores forem as dificuldades.

No caso brasileiro, há uma perversa confluência de fatores operando no sentido de dificultar o acesso à Justiça e à realização de direitos. Os entraves são de natureza econômica, educacional e cultural. Ademais, diferentemente do que se passou nos países de mais longa experiência democrática, para os quais a questão do acesso à Justiça dizia respeito, sobretudo, às minorias, entre nós é fundamentalmente um problema de garantia de acesso ao sistema de Justiça para a maioria da população.

A inclusão dessa maioria não significa apenas poder contar com um profissional apto a postular em juízo. Significa, antes de mais nada, conhecer e reclamar direitos e assim poder participar como sujeito na arena pública. E estes são papéis, por excelência, de uma Defensoria Pública com papel de liderança no processo de construção de uma sociedade mais igualitária e justa.

¹⁷ “Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

11 DIREITO FUNDAMENTAL À DEFENSORIA PÚBLICA

A partir da Declaração de Direito do Estado da Virgínia, de 1776, e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, restou fixado o princípio da igualdade. Forçoso admitir, entretanto, que a igualdade obtida estava muito mais em relação com o rebaixamento dos privilégios da aristocracia e do clero do que com a elevação das prerrogativas individuais dos demais cidadãos.

Isso tinha razão de ser. Consoante o pensamento da época (*laissez-faire*) os homens eram suficientes para, por si sós, alcançarem a harmonia social. Daí se falar que os únicos direitos que o Estado necessitava garantir eram os referentes às liberdades públicas, o que ficou conhecido como primeira geração de direitos. Ao Estado bastava agir de forma negativa, ou seja, garantir os direitos individuais não intervindo na esfera particular.

O próprio acesso à justiça, embora reconhecido como um direito do indivíduo prescindia da atuação positiva do Estado. A esse respeito Cappelletti e Garth comentam:

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos: aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia, à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (1988, p. 9).

Segundo o magistério de Gonçalves (2002, p. 15):

A tese *laissez-faireana*, segundo a qual os direitos humanos seriam direitos naturais que deveriam ser positivados pelo Estado e garantidos pela sua não intervenção, terminou por comprovar a incalculável distância entre a igualdade jurídica e a desigualdade socioeconômica.

Nesse sentido, em virtude das reivindicações e denúncias contra o caráter evasivo dos direitos individuais consagrados pelo discurso liberal burguês dos séculos XVIII e XIX, os direitos humanos, após a Primeira Guerra, começam a adquirir constitucionalmente uma dimensão social.

Do Estado Liberal passou-se para o Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*), haja vista que se verificou a necessidade do Estado intervir, através de prestações positivas, para garantir a tão almejada igualdade.

Desde o Iluminismo e a Revolução Francesa, o homem tem-se inspirado nos ideais de igualdade de todos perante a lei. O modelo de Estado Democrático, hoje, tem como fundamento básico a isonomia. O conceito de igualdade, porém, desde a Revolução Francesa e o Iluminismo, sofreu uma sensível evolução. Mais do que a mera igualdade formal a garantia de tratamento igualitário pela lei, a proibição de privilégios legais, é necessário falar-se em igualdade de possibilidades (MARCACINI, 2001, p. 9).

Nesse contexto – o surgimento dos direitos sociais – é que a assistência jurídica acaba sendo uma das políticas a serem desenvolvidas. “Com efeito, eis a natureza constitucional da assistência jurídica pública: trata-se de um direito institucionalizado como política social” (GONÇALVES, 2002, p. 56).

Não se trata, pois de favor do Estado, nem de prática assistencialista, assistência jurídica integral e gratuita: é direito fundamental do cidadão.

Gonçalves (2002, p. 16) comenta que a Constituição Federal de 1988 buscou estabelecer as bases de um conjunto de políticas públicas de acesso aos direitos, formando um verdadeiro tripé:

a) desenvolvimento de uma política pública de defesa dos interesses difusos, os chamados direitos de terceira geração, como, por exemplo, a defesa dos direitos dos consumidores (CF, art. 5º, XXII) e do meio ambiente (CF, art. 225), sendo que ao ministério Público (CF, art. 129) coube destacado papel na efetivação de tal escopo;

b) política pública de democratização do Poder Judiciário, aqui compreendida as ações que visam facilitar a prestação jurisdicional, como por exemplo, a criação de juizados especiais para as causas cíveis de menor complexidade e as infrações de menor potencial ofensivo (CF, art. 98, I e Lei 9.099/1995);

c) política pública de assistência jurídica (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134), não só a fim de efetivamente realizar no plano material a igualdade processual entre a pessoa menos favorecida economicamente e a parte adversa mais afortunada, mas também para dotar de uma efetiva consultoria extrajudicial a parcela da população que não pode pagar sequer por uma consulta com um advogado. Nesse aspecto a Defensoria Pública assume relevante papel na efetivação de tal política pública.

Em tempos como os atuais, em que os meios de comunicação de massa influem tanto na produção de uma legislação penal mais rigorosa, o reconhecimento da assistência jurídica pública como política social ganha relevo no processo penal. Isso se dá na medida em que não pode haver somente

a repressão de um lado sem que do outro haja a respectiva contraprestação do devido processo legal, com direito à ampla defesa e os recursos a ela inerentes, sob pena de sucumbir o próprio Estado.

Mais ainda essa noção pode ser sentida como verdadeira à medida que se verifica que quase a totalidade das pessoas processadas criminalmente não têm condições de contratar advogado e dependem de uma concreta política social de acesso à justiça por meio da Defensoria Pública.

Não há dúvida sobre ser a assistência jurídica aos necessitados e o acesso à Justiça pilares mestres do Estado Democrático de Direito, logo, indissociável dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Também é forçoso reconhecer o estreito vínculo que mantém com os objetivos da República Federativa do Brasil, delineados no art. 3º da Constituição Federal.

Como se sabe, dentre os objetivos da República, constantes do art. 3.º da Constituição Federal, estão: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Enquanto o acesso à Justiça estiver menosprezado pelos governantes, sem a criação em todos os Estados da instituição da Defensoria Pública, devidamente estruturada e autônoma, não se poderá afirmar que os objetivos da República foram alcançados.

É que a Defensoria Pública é, antes de tudo, a guardiã da cidadania, verdadeiro instrumento de erradicação da pobreza, vez que os cidadãos terão como exigir de seus governantes políticas sociais condizentes com a vontade popular, podendo interpor, dentre outras medidas, ações populares, civil pública, usucapião coletivo e mandado de segurança por ato omissivo dos governos federal, estadual e municipal.

A Defensoria Pública digna, aquela que o cidadão merece, é a que o aproxima da justiça social, que proporciona a inclusão social. O Estado Democrático de Direito deve ser primeiramente um Estado Justo, no sentido ético da palavra, caso contrário, será somente um Estado Democrático de Direito Formal e certamente não foi este o objetivo da Magna Carta.

A Defensoria Pública é a instituição que necessariamente leva o Estado à promoção do bem de todos, na medida em que esclarece o cidadão acerca de seus direitos e promove os meios efetivos para o exercício destes. Tudo isso sem qualquer vínculo com o Poder Executivo, sem qualquer mácula ou mesmo receio, face às prerrogativas já previstas na Lei Complementar (Federal) nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, 2007).

Diante dessas ilações extrai-se que o cidadão tem o direito fundamental

à Defensoria Pública, pois, é dever do Estado prestar assistência jurídica integral, serviço público obrigatório e essencial, e proporcionar o acesso à Justiça aos excluídos através da Defensoria Pública, que é o órgão público incumbido de concretizar esses direitos conferidos pela Carta Magna.

Os direitos fundamentais estão ligados à sua fundamentalidade nos sentidos material e formal (vinculada ao sistema constitucional positivo). A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, seja permitindo a conclusão de que os direitos fundamentais estão protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador, por integrarem o rol das cláusulas pétreas (art. 60, CF).

A fundamentalidade material parte da premissa de que os direitos fundamentais repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade, ainda que não expressamente previstos na Constituição. É necessária a análise de seu conteúdo para se caracterizar um direito fundamental a partir de sua fundamentabilidade material.

Para melhor compreender o alcance dos direitos fundamentais, imprescindível fazer uma abordagem acerca das classificações funcionais de Alexy e Canotilho, consideradas as mais importantes no contexto geral.

Essas classificações dividem os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Os direitos fundamentais foram vistos, à época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, apenas como o direito do particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, como direitos de defesa. Porém, para o presente estudo têm relevância os direitos a prestações, ligados às novas funções do Estado diante da sociedade. Aliás, no tocante às prestações é que as classificações se diferenciam.

Canotilho divide o grupo dos direitos a prestações em direitos ao acesso e utilização de prestações do Estado. São divididos em direito originário a prestações e direitos derivados a prestações. Aludindo ao direito originário a prestações:

Afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, *o dever do Estado na criação* dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, *as prestações constitutivas desses direitos*. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a

pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação? (CANOTILHO, 2002, p. 543).

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos, resulta, de forma imediata, para esses cidadãos: o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos, o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade. Os direitos derivados são aqueles que pressupõem o cumprimento das prestações originárias.

Alexy (2002, p. 427) divide o grupo dos direitos a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos a prestações em sentido estrito são relacionados aos direitos às prestações sociais, enquanto que os direitos a prestações em sentido amplo apresentam outra divisão: direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento. Todo direito a um ato positivo, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação.

A Constituição de 1988 determina que cabe ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV). Deste modo, é direito de todo cidadão sem condições de pagar um advogado que o Estado lhe indique uma pessoa habilitada a providenciar sua orientação jurídica, bem como a defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário ou fora dele.

A assistência jurídica integral e gratuita não se limita à mera representação perante o Poder Judiciário, o que seria mera assistência judiciária, mas deve abarcar todos os serviços de natureza preventiva, consultiva e pedagógica em relação ao exercício de direitos.

A Defensoria Pública é justamente o órgão público que o constituinte incumbiu de garantir às pessoas carentes o acesso à Justiça. A instituição é considerada, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Pública, uma das funções essenciais à Justiça, conforme dispõe o artigo 134 da Constituição Federal.

Nesse contexto, partindo-se da garantia constitucional do cidadão hipossuficiente à assistência jurídica e ao acesso à justiça, é de se ver que, simultaneamente, surge o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão

exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos, ou seja, a criação da Defensoria Pública, órgão constitucional de assistência jurídica pública.

Desta forma, para que o Estado cumpra seu papel, faz-se necessária a instituição e efetivação da assistência jurídica pública, aqui entendida como a obrigação do Estado em promover e proporcionar ao cidadão necessitado as condições necessárias para saber que tem direitos, para receber tutela jurisdicional efetiva, de forma integral e gratuita, através Defensoria Pública.

O Estado não cumpre seu papel, quando não se fornece aos seus membros menos favorecidos as mesmas possibilidades daqueles que possuem condições financeiras abastadas. O exercício da assistência jurídica tem como base o princípio da igualdade, o qual busca o reequilíbrio da sociedade e preserva os interesses dos menos favorecidos, para que estes, mesmo quando seus conflitos de interesses sejam com os mais abastados, possam garantir a paridade de armas no processo e se realize uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

Por fim, para melhor demonstrar o direito fundamental à Defensoria Pública, resta ainda classificar as normas constitucionais que tratam da assistência jurídica e da Defensoria Pública como instituição essencial à justiça.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Magna Carta, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Conforme Silva (J., 2002, p. 88-163) a classificação das normas constitucionais em relação à sua aplicabilidade divide-se em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena caracterizam-se pela produção de efeitos, ou ainda possibilidade de produção de efeitos, desde a entrada em vigor da Constituição, caso característico dos direitos fundamentais, dentre os quais se enquadra o inciso LXXIV, supra transcrito. Logo, a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados é norma de eficácia plena.

Moraes (A., 2002, p. 41) nos lembra de diferente classificação, proposta por Maria Helena Diniz, em normas constitucionais com eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependente de complementação:

Assim, propõe e explica a referida autora que são normas constitucionais de eficácia absoluta ‘as intangíveis’; contra elas nem mesmo há poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. Distinguem-se, portanto, das normas constitucionais de eficácia

plena, que apesar de incidirem imediatamente sem necessidade de legislação complementar posterior, são emendáveis. Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I e LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda são intangíveis, por força dos arts. 60, § 4º, e 34, VII, a e b.

Lembre-se ainda o § 1º, do artigo 5º, da Magna Carta: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O conceito de normas absolutas, por intangíveis que são, segundo a autora mencionada, engloba o de eficácia plena, desde que estas não sejam emendáveis. Assim, preferível mesclar a classificação dos autores citados para afirmar ser a norma constitucional que define a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da CF) como norma constitucional absoluta e de eficácia plena.

Ainda resta questionar a classificação da norma constitucional erigida no artigo 134, da CF:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV.

O § 1.º do transcrito artigo dispõe que “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, [...]”.

Moraes (A., 2002, p. 41), ao esclarecer a classificação de José Afonso da Silva, elucida que as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas de aplicabilidade indireta, mediata, reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

Assim, a Defensoria Pública é órgão constitucional de assistência jurídica, mas somente foi regulamentada através da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, sendo o art. 134, da CF, norma de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva.

Já Maria Helena Diniz, segundo Moraes (A., 2002, p. 42), prefere a terminologia de “normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa”, para aquilo que José Afonso da Silva chama de norma de eficácia

limitada.

Não se vislumbra qualquer alteração prática na denominação, adotando assim, referente ao artigo 134, da CF, a classificação de José Afonso da Silva, como norma de eficácia limitada, a qual teve sua eficácia desenvolvida pela lei complementar citada.

12 CONCLUSÃO

As instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas.

Para poder superar a democracia meramente formal, um dos pontos centrais a serem enfrentados é a questão do acesso à Justiça.

Não há dúvidas de que todas as instituições do mundo jurídico têm um papel relevante na construção do acesso à Justiça. No entanto, é certo que, quanto a isso, a Defensoria Pública tem um papel diferenciado. A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao judiciário, sendo, portanto, vital neste processo de efetivação de Direitos.

É notável a importância da Defensoria Pública para a consolidação do acesso à Justiça no Brasil. Considerando-se que este acesso não se limita à possibilidade de ajuizar demandas ao Poder Judiciário, mas engloba também o conhecimento dos direitos, a maneira de exercê-los e a disponibilização de formas alternativas de resolução de litígios, percebe-se a necessidade de estruturar um órgão público com competência e capacidade para atuar neste terreno.

Não há outra Instituição, entidade ou órgão público que esteja preparada ou destinada a lidar com os excluídos. Os defensores públicos são os olhos, ouvidos e voz de milhões de pessoas que vivem na pobreza, muito abaixo da linha de pobreza. Eles não têm a quem recorrer. E a última porta é a da Defensoria Pública.

Entretanto, é de se ver que, apesar dos avanços¹⁸, a atual precariedade da estrutura da Defensoria Pública é incompatível com a importância de suas atribuições, devendo o Estado respeitar e cumprir o comando constitucional, criando e inserindo-se efetivamente a Defensoria Pública em todos os âmbitos de atuação e em todos os Estados, para que esta possa realizar a sua atividade constitucional: a assistência jurídica integral e gratuita.

A Defensoria Pública somente poderá se desincumbir a contento de sua

missão constitucional no momento em que tiver sua autonomia concretizada, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45, e então poder preencher seus cargos, reestruturar suas funções e, com isso, poder desempenhar plenamente todas as suas atribuições – dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita – como elemento imprescindível para a exclusão de uma das piores barreiras do acesso à Justiça, que é a informação jurídica aos necessitados.

Que este trabalho sirva como ponto de partida e incentivo a novos estudos a respeito da Defensoria Pública, bem como de todos os demais institutos e conceitos jurídicos, os quais devem passar por um processo de desalienação, nos termos da Teoria Crítica do Direito, proposta pelo Professor Doutor Luiz Fernando Coelho (2003), para que haja a libertação da alienação dogmática formulada e surjam novas concepções do Direito e com isso a sua visualização através dos movimentos sociais; que o Direito seja entendido através da sociedade e não a sociedade entendida através do Direito, que este sirva como fator de inclusão social e busque a realização da Justiça e do bem comum.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Luciana; FIUZA, Tatiana. Defensorias Públicas Brasileiros - desafios e perspectivas. *Revista Jurídica*. Brasília, DF, ano IV, n. 44, p. 53, ago.2000.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Juris Síntese IOB**, n. 66, jul./ago. 2007. CD-ROM.

BRASIL. Lei Complementar n^o 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados, e dá outras providências. **Juris Síntese IOB**, n. 66, jul./ago. 2007. CD-ROM.

BRASIL. Lei n^o 1060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Juris Síntese IOB**, n.

¹⁸ Para verificar os dados pesquisados, vide I e II Diagnósticos da Defensoria no Brasil (BRASIL, 2004 e 2006).

66, jul./ago. 2007. CD-ROM.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a lei de execução penal. **Juris Síntese IOB**, n. 66, jul./ago. 2007. CD-ROM.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Juris Síntese IOB**, n. 66, jul./ago. 2007. CD-ROM.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria da Reforma do Judiciário. **I Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF, 2004.

_____. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, DF, 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 200400547685 - (656274/SP), Relatora: Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, Brasília, DF, 17 de maio de 2007, DJU 11.06.2007, p. 00264. **Juris Síntese IOB**, n. 66, jul./ago. 2007. CD-ROM. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+200400547685&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, L. F. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALLIEZ, P. C. R. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GIANNELLA, B. M. **Assistência jurídica no processo penal**: gpara a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, C. M. da C. **Assistência jurídica pública**: humanos, políticos e sociais. Curitiba: Juruá, 2002.

GRINOVER, A. P. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARCACINI, A. T. R. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição (2006). Constituição Estadual. Emenda Constitucional nº 029, de 12 de dezembro de 2006. **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, nº 6.518, 04 jul. 2005, p. 1. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/e121fad77289c54d04256c04007819fa/1a82f7c70893bdb90425703500563513?OpenDocument>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

_____. Lei Complementar nº 111, de 17 de outubro de 2005. Organiza a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e estabelece a competência e estrutura dos seus órgãos, a organização e estatuto da respectiva carreira.. **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, MS, 18 out. 2005. n. 6.589, Campo Grande, MS, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/66ecc3cfb53d53ff04256b140049444b/7a7cccf08de4817f042570a4006b6b39?OpenDocument>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

MIRANDA, F. C. P. de. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 1 a 45. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. 1.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, G. B. P. **Assistência jurídica, defensoria pública e o acesso à jurisdição no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MORAES, H. P.; SILVA, J. F. T. da. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MORAES, S. R. M. **Princípios institucionais da defensoria pública**: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MOREIRA, J. C. B. direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 5, 1991.

OLAPOC, Observatório Latino-Americano de Política Criminal. A defensoria

pública na América Latina e sua constitucionalização. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 8, ago. 2004.

PAULA, J. L. M. de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**: revitalizando as regras do jogo democrático. Barueri: Manole, 2002.

PINHEIRO, R. L. **História resumida do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001.

RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). **Constituição Estadual**. Rio de Janeiro, RJ, 05 out. 1989. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, J. N. A Defensoria Pública como instrumento da Cidadania. In: SEMINÁRIO SOBRE A DEFENSORIA PÚBLICA DE MATO GROSSO DO SUL, 4., 1992, Corumbá. **Anais...** Campo Grande: Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, 1992.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PUBLIC DEFENDERS' OFFICES.

ABSTRACT: This study portrays the evolution of the judicial assistance until the appearing of the Public Defenders' Offices. It presents the concept and distinctions between free justice, judicial assistance, and juridical assistance, as well as approaches the constitutional nature of the judicial assistance and its occurrence in a number of Brazilian Constitutions. It searches to demonstrate the existence and the strength Public Defenders' Office demanded to overcome barriers with respect to the access to justice and the achievement of the democratic insomnia by evidencing the importance of the Public Defenders' Office as a tool for social inclusion and its contributions for the accomplishment of the objectives drawn in art. 3.º of the Federal Constitution, ensuring the access to justice and the full and free judicial assistance to all hyposufficient citizens. It deals with the duty of the State to ensure the creation of Public Defenders' Offices all over the country – structured and able to fulfill their duties, as citizens have the fundamental right to Public Defenders' Offices, constitutional offices for judicial assistance. Therefore,

the great challenge is to improve so that the institutions provide, to any citizens, necessary conditions in search for the fulfillment of their rights established by Law, including the right to proper granting by Public Defenders' Offices. It is searching for ways of ensuring social inclusion and justice to whoever wants to have, be, or be able to. A trustworthy Public Defenders' Office, which the citizen deserves, approaches itself to social justice and provides social inclusion.

KEYWORDS: Public Defenders' Office; Access to Justice; Judicial Assistance; Social Inclusion; Fundamental Rights.

Recebido em / Received on / Recibido en 16/11/2007
 Aceito em / Accepted on/ Acepto en 21/12/2007